This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 29 1908

Germany

Ueber Recht und Billigkeit.

Von

Geh. Rath Prof. Dr. Abbelohde
in Marburg.

Hamburg.
Verlag von J. F. Richter.
1887.

GER
906
UBB

Das Recht der Ueberſetzung in fremde Sprachen wird vorbehalten.

Für die Redaktion verantwortlich: Dr. Fr. v. Holtzendorff in München.

OCT 29 1908

BK 2004

Wie können und dürfen zwecks der Zutheilung des einem Jeden Gebührenden in Rechtssetzung und in Rechtssprechung die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles berücksichtigt werden?

Vielleicht möchte es auf den ersten Blick als erstrebenswerth gelten, daß ohne jegliche äußere Richtschnur würdige Männer nach ihrer eigenen besten Ueberzeugung jeden einzelnen vor ihren Richterstuhl gebrachten Rechtshandel entschieden. Jugendlicher Schwärmerei erscheint es so selbstverständlich auch für den Richter die Anforderung aufzustellen:

— „Das Orakel
In seinem Innern, das lebendige —
Nicht todte Bücher, alte Ordnungen,
Nicht modrigte Papiere soll er fragen."[1]

Aber dieser völlige Verzicht auf feste Schranken für den Inhalt der richterlichen Entscheidung würde ein verderblicher Irrthum schöner Seelen sein. Denn wo gäbe es einen Sterblichen, und wäre er der Beste und Edelste, der ungeachtet Schwachheit und Erdennoth, unbefangen von Freundschaft und Abneigung, unbeirrt durch drohende Mißgunst und unempfänglich für erhofften Vortheil, sei dies auch kein gemeinerer als der freundliche Blick eines Machthabers, der, sage ich, in jedem Augenblicke sogar nur den unerschütterlichen Vorsatz festzuhalten vermöchte, stets und unwandelbar keiner anderen, als der Stimme

der Gerechtigkeit zu folgen, wenn es dem eigenen Gewissen allein überlassen bliebe, auf den leisen Ruf dieser Stimme zu horchen? Doch gesetzt selbst, es gebräche nicht an solcher Heldengröße des Willens: ganz und gar ungewiß würde es trotzdem bleiben, ob zur gegebenen Frist dem Willen die Fähigkeit zu Gebote stünde, die Wahrheit zu vernehmen. Wohl ist tief in die Menschenbrust das Vermögen gelegt, zu unterscheiden, was gut und was böse ist; aber ach! nur wehmüthige Sage kündet von jener Zeit:

— da das Heilige noch im Leben gewandelt,
Da jungfräulich und keusch noch das Gefühl sich bewahrt,
Da noch das große Gesetz, das oben im Sonnenlauf waltet,
Und verborgen im Ei reget den hüpfenden Punkt,
Noch der Nothwendigkeit stilles Gesetz, das stetige, gleiche,
Auch der menschlichen Brust freiere Wellen bewegt,
Da nicht irrend der Sinn und treu, wie der Zeiger am Uhrwerk,
Auf das Wahrhaftige nur, nur auf das Ewige wies![2]

Auch für den Einzelnen ist sie nicht vorhanden, jene goldene Zeit der Kinderunschuld; und

Das entweihte Gefühl ist nicht mehr Stimme der Götter,
Und das Orakel verstummt in der entadelten Brust.[3]

Der Willkür also wäre das Schwert der Gerechtigkeit in die Hand gelegt, wenn der Richter lediglich nach eigenem Ermessen das Urtheil fällen dürfte. Zwar ergötzt uns in den Erzählungen des Morgenlandes mancher Kadispruch wegen der Schärfe seines natürlichen Verstandes, wegen der Geradheit seines gesunden Gefühles; aber beweist nicht schon der Umstand, daß derartige Sprüche der Ueberlieferung werth erachtet wurden, wie gar abweichend geartet die große Menge der Kadiurtheile ist? Und sicherlich nur fromme Einfalt konnte jenes berühmte Urtheil Salomos als Vorbild guter Rechtspflege hinstellen: denn wie, wenn der Einfall, von welchem die Entscheidung abhing, eben

nicht vom treffenden Witze des weisen Salomo geleitet worden wäre?

Nein! außerhalb des Einzelnen muß die Ordnung gesucht werden, welche ihm selbst zur sicheren Richtschnur seines Handelns dienen, welche die Entscheidung des Richters vor dessen Willkür beschränken soll. Und nur eine solche Vorschrift kann als Theil der Ordnung für die äußeren Lebensverhältnisse einer menschlichen Gemeinschaft, d. i. als Rechtssatz, gelten, welche kraft einer alle Angehörigen dieser Gemeinschaft bindenden Macht erkennbar festgestellt worden ist, sei es in gewohnheitsmäßiger Uebung, sei es in bewußter Satzung: das Gesetztsein gehört zum eigensten Wesen des Rechtes.

Es will aber das Recht im voraus alle künftigen Verhältnisse gewisser Art ordnen, indem es Gleiches gleich, Ungleiches ungleich regelt. Von vornherein jedoch ergiebt es sich als unmöglich, hierbei jede Ungleichheit zu berücksichtigen: sonst müßten jeder Mensch, jede Sache, jedes Verhältniß ihre eigenthümliche Ordnung empfangen, denn keines ist dem andern völlig gleich. Die Rechtssetzung ist folglich genöthigt, eine große Menge thatsächlicher Verschiedenheiten unbeachtet zu lassen; nur an gewisse Unterschiede der ihrer Regelung unterliegenden Dinge kann sie ihre Vorschriften anknüpfen, indem sie damit eben diese Unterschiede als rechtlich bedeutsam anerkennt.[4]

Begreiflicherweise ist es für das Wohlbefinden der Rechtsgenossen von der allergrößten Erheblichkeit, in welchem Maße und mit welcher sachlichen Angemessenheit die Rechtsordnung die ihr angehörigen Verhältnisse unterscheidet. Hierauf beruht der Gegensatz von Recht, genauer: strengem Rechte einerseits und von Billigkeit, genauer: billigem Rechte andererseits, ein Gegensatz, der im täglichen Leben oft erwähnt, nicht immer jedoch deutlich erfaßt wird. Seine Darlegung soll die Aufgabe meines Vortrags bilden.

Für die noch einfachen Zustände eines jugendlichen Volkes genügt eine geringe Menge von Rechtssätzen, mit anderen Worten eine Theilung der, rechtliche Regelung erheischenden, Lebensverhältnisse in wenige große Massen. Gegenüber dem ungeübten Unterscheidungsvermögen ungelehrter Richter erscheint es geradezu unerläßlich, die thatsächlichen Voraussetzungen der Urtheilsfällung, die sog. Thatbestände, durch einfache Umrisse möglichst greifbar zu kennzeichnen, und dementsprechend den Inhalt des Urtheils so genau zu bestimmen, daß mit der richterlichen Entscheidung über das Dasein eines gewissen Thatbestandes die Rechtsfolge desselben ohne weiteres gegeben ist. Demgemäß vollzieht sich der Rechtsverkehr in einer kleinen Anzahl von Geschäften, deren Form die Eigenart der bezweckten Rechtswirkung außer Zweifel stellt, während der Umfang dieser Wirkung ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles vom Wortsinne der gebrauchten Willenserklärung abhängt. Die Ahndung von Rechtsverletzungen will nicht sowohl nach der Größe des Verschuldens die Strafe abwägen, als vielmehr entweder eine Gefährdung des Gemeinwesens unschädlich machen, oder dem verletzten Rechtsgenossen persönliche Genugthuung für die erlittene Unbill gewähren. Unbekannt ist deshalb die Unterscheidung zwischen Versuch und vollendetem Verbrechen, zwischen Thäterschaft, Anstiftung, Beihülfe und Begünstigung: soweit überhaupt Strafbarkeit angenommen wird, ist stets die volle Strafe verwirkt. Diese aber ist bald als ein für allemal gleiche vorgeschrieben, oder sie berechnet sich nach feststehendem Ansatz aus dem Werthbetrage des Gegenstandes der Verletzung. Auch das gerichtliche Verfahren bewegt sich in scharf begrenzter Bahn. Die für den Verlauf des Rechtshandels maßgebende Tagefahrt[5] ist im alten römischen Rechte unerstreckbar; ihre Versäumniß, meist nicht einmal durch Vertretung abwendbar, zieht mindestens für den Beklagten unweigerlich Sachverlust nach sich.[6] Die Ueberweisung

der Sache zur richterlichen Entscheidung[7] und vollends diese Entscheidung selbst, deren sachliche Richtigkeit ursprünglich sogar innerhalb des nämlichen Verfahrens nicht angefochten werden konnte, schneidet im älteren römischen Rechte jede neue Anhängigmachung derselben Sache ab.

Unzweifelhaft ist eine derartige Rechtsordnung den Zeitverhältnissen, denen sie entstammt, durchaus angemessen gewesen. Allein allmählich verändern sich die Zustände. Neue wirthschaftliche Bedürfnisse machen sich geltend; der gesteigerte Verkehr nimmt ein unübersehbares Gewirr von Verwickelungen in sich auf; während auf der einen Seite mit der Fülle der Genüsse die Verderbtheit der Sitten wächst, verfeinern sich auf der andern die Empfindungen und die Anschauungen. Jetzt beginnt bald hier bald da die alte Rechtsordnung zu drücken: was bisher unterschiedslos gleich behandelt worden ist, erheischt verschiedene Behandlung.

Wie kann nun die Rechtsordnung dieser Anforderung Genüge leisten? Drei Wege sind es, welche sie hierzu einzuschlagen vermag.

Der erste, einfachste Weg besteht darin, daß sie selbst unmittelbar Unterschiede macht, welche ihr bisher fremd waren. Einige Beispiele mögen dies veranschaulichen. Im ältesten Rom hatten alle Geschlechtsreife, die sog. Mündigen, in Beziehung auf ihre Verfügungsfähigkeit durchaus gleichgestanden: ein 14jähriger Knabe konnte mit der nämlichen Rechtswirkung sein Eigenthum veräußern, Schulden machen, wie ein reifer Mann. Das war ohne Bedenken gewesen, so lange der Verkehr sich auf wenige Geschäfte durchsichtigen Inhalts beschränkte, deren augenfällige Form obendrein die Aufmerksamkeit der kleinbürgerlichen Nachbarschaft auf sich zog. Nach dem zweiten punischen Kriege aber wuchs Rom zur Weltstadt mit allen Uebelständen einer solchen. Jetzt würde jugendliche Unerfahrenheit dem wirthschaftlichen

Untergange preisgegeben sein, wenn nicht die Rechtsordnung ihr besondere Fürsorge gewidmet hätte. Es geschah dies durch Aufstellung eigenthümlicher Schutzmittel für diejenigen Mündigen, welche das 25. Lebensjahr noch nicht überschritten hatten: zunächst wurde die betrügerische Uebervortheilung dieser sog. Minderjährigen mit schwerer Strafe bedroht,[8] dann schlechthin die richterliche Aufhebung solcher Vermögensgeschäfte derselben zugelassen, welche sie benachtheiligen,[9] endlich ihnen gestattet, sofern sie des väterlichen Schutzes entbehrten, sich einen Vormund zu erbitten. — Der altrömische Verkehr kannte nur einseitig verpflichtende Schuldverträge; sofern solche einen beliebigen Inhalt in sich aufnehmen sollten, war dazu die Form der Stipulation erforderlich. Dieselbe besteht in der vorangehenden mündlichen Frage dessen, der eine Schuldzusage verlangt, des künftigen Gläubigers also, und in der solcher Frage entsprechenden, alsbald folgenden mündlichen Antwort des Schuldners. Diese überaus einfache Form hatte unleugbar große Vorzüge: sie läßt keinen Zweifel darüber zu, daß ein Geschäft bindend abgeschlossen ist; sie sichert den Schuldner davor, bei einem nicht mit voller Ueberlegung gesprochenen Worte festgehalten zu werden, und meist drückt sie auch den Inhalt der Verpflichtung deutlich aus. Die Alleinherrschaft dieser Form aber wurde mit der Erweiterung des römischen Gebietes dadurch unerträglich, daß sie die Anwesenheit beider Theile beim Geschäftsabschlusse voraussetzt. Jetzt stellte man ihr für solche Schuldverträge, in denen der alltägliche Verkehr des bürgerlichen Lebens sich bewegt, namentlich für Kauf, Miethe und Pacht, Gesellschaftsvertrag und Auftrag, die Möglichkeit eines bindenden Abschlusses kraft formloser Erklärung zur Seite, also auch durch Boten oder Brief; für verwandte Fälle galt es immerhin als genügend, wenn zu derartiger Erklärung die gemäß derselben dem Gläubiger obliegende Leistung gekommen war. In Deutschland ist die Entwickelung

noch darüber hinausgegangen: gemeinrechtlich ist, abgesehen vom Wechsel und wenigen Geschäften des Handelsverkehrs, jeder Schuldvertrag von rechtlich überhaupt zulässigem Inhalte schon kraft formloser Erklärung der Abschließenden bindend. — Gemäß einem alten Volksschlusse[10] unterlag in Rom die widerrechtliche Beschädigung fremder Sachen der Ahndung nur dann, wenn sie erfolgt war durch unmittelbare körperliche Einwirkung auf dieselben: Vergiftung eines fremden Thieres z. B. nur dann, wenn der Thäter diesem das Gift geradezu eingegeben, nicht jedoch, wenn er es ihm zu fressen vorgeworfen hatte. Später schied man auch die Fälle der Sachbeschädigung durch derartige mittelbare Einwirkung auf den Sachkörper aus der Reihe strafloser Verletzungen fremden Eigenthums aus. Die Ahndung von Widerrechtlichkeiten überhaupt ist das Gebiet, auf dem vorzugsweise die Rechtsordnung für unmittelbare Unterscheidung Spielraum gefunden hat. Und zwar ist dies theils so geschehen, daß Handlungen, welche früher straflos waren, durch Aufstellung ganz neuer Begriffe der Verfolgung unterworfen wurden; theils dadurch, daß die mannigfachen Thatbestände, welche bisher unter einem Gesammtbegriffe einer gleichmäßigen Ahndung unterlagen, kraft einer Spaltung jenes Begriffes in eine Reihe selbständiger Begriffe nunmehr je ihre gesonderte Strafbestimmung erhielten. Das römische Recht z. B. faßte alle möglichen Handlungen, wodurch sich jemand in rechtswidriger gewinnsüchtiger Absicht an einer beweglichen Sache widerrechtlich vergreifen kann, als Furtum zusammen; das heutige Strafrecht scheidet hiervon zunächst die bloße Gebrauchsanmaßung, sie sei denn von einem öffentlichen Pfandleiher an den von ihm in Pfand genommenen Gegenständen begangen,[11] als straflos aus, und sondert sodann die übrigen als Diebstahl,[12] Unterschlagung,[13] Raub[14] und Gebrauchsaneignung an der eigenen Sache mit Verletzung eines fremden Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechtes an dieser

Sache.[15] Ja noch weiter. Zwecks der geeigneten Strafzumessung wird die Unterschlagung gefundener Sachen unterschieden von derjenigen anvertrauter;[16] der einfache Diebstahl einerseits[17] von den sog. schweren Diebstählen[18] und dem Diebstahle im zweiten Rückfall,[19] andererseits von mehreren geringerer Strafe unterliegenden Fällen, wie dem sog. Mundraub,[20] dem Feld- und Forstdiebstahl;[21] endlich sind hinsichtlich der Strafverfolgung der Familiendiebstahl und der Hausdiebstahl[22] begünstigt u. s. w. Von entscheidendem Einflusse auf die Strafe sind heute ferner die, wie erwähnt, früher einflußlosen Unterscheidungen zwischen Versuch und vollendetem Verbrechen oder Vergehen, zwischen Thäter, Anstifter, Gehülfen und Begünstiger. — Auch auf dem Gebiete des gerichtlichen Verfahrens hat die Rechtsordnung in gleicher Weise einem feineren Rechtsgefühle gehorcht. Dahin gehört es, wenn sie eigenthümliche Rechtsmittel gegen Versäumniß aufstellt,[23] sofern diese bezwecken, dem unverschuldet Benachtheiligten Hülfe zu gewähren; ferner, wenn sie die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil beendigten Verfahrens wegen einer Nichtigkeit oder aus anderen dringenden Gründen[24] gestattet, z. B. weil jenes Urtheil auf eine gefälschte Urkunde, auf ein eidwidriges Zeugniß gestützt ist. — Schließlich mag noch erwähnt sein, daß eine derartige unmittelbare Berücksichtigung erheblicher Umstände durch die Rechtsordnung selbst auch dem Verwaltungsgebiete nicht fremd ist. So zählt das deutsche Militärgesetz eine Reihe von Gründen für die Zurückstellung Militärdienstpflichtiger auf;[25] so gestattet das preußische Gesetz bei der Veranlagung zur Klassensteuer und zu den beiden untersten Stufen der Einkommensteuer besondere, die Leistungsfähigkeit bedingende, wirthschaftliche Verhältnisse der einzelnen Steuerpflichtigen zu berücksichtigen, z. B. große Kinderzahl, andauernde Krankheit u. dergl.[26] So bleiben nach gesetzlicher Anordnung manche an sich zollpflichtige Gegenstände vom Eingangszolle frei,

z. B. gebrauchte Hausgeräthe und andere Sachen von Anziehenden zu deren eigener Benutzung, Reisegeräth, Kleidungsstücke, Wäsche u. dergl. von Reisenden u. s. w.[27]

Im Vergleich nun zu jener älteren, weniger unterscheidenden, Rechtsordnung, die eben deshalb jetzt als eine strenge erscheint, ist die neue, mehr unterscheidende eine billige. Möglicherweise wird auch sie wieder einem späteren Geschlechte für zu streng gelten, so daß dieses durch weitere Unterscheidung sich eine noch billigere zu gestalten sucht. Es haftet also die Eigenschaft eines strengen Rechtes oder umgekehrt eines billigen Rechtes einer gegebenen Rechtsordnung durchaus nicht als eine ein für allemal feststehende an: sie wird vielmehr durch die jeweiligen Verhältnisse bedingt. Uebrigens setzt der Begriff dieser Eigenschaften keineswegs die Vergleichung mehrerer, sei es *nach* einander, sei es *neben* einander, *wirklich* bestehender Rechtsordnungen voraus: der ihm zu Grunde liegende Gegensatz läßt sich füglich gewinnen durch die Gegenüberstellung mehrerer als bestehend blos gedachter Rechtsordnungen. Insofern kann und soll auch bei ganz neuen Rechtsbildungen der Gesetzgeber danach fragen, welche Umstände er zu berücksichtigen habe, um ungeeignete Strenge zu vermeiden, billige Bestimmungen zu treffen.[28]

Einen verhängnißvollen Mißgriff jedoch würde der heutige Gesetzgeber begehen, wollte er jeden Unterschied, der ihm rechtlicher Berücksichtigung werth dünkt, unmittelbar im Gesetze als solchen ordnen. Ganz unvermeidlich würde sein Werk sich auflösen in eine unübersehbare Menge von Einzelheiten. Und doch würde sich mit Sicherheit voraussagen lassen, daß auch die größte Fülle bei weitem nicht ausreicht, in der That alle und jede, Berücksichtigung erheischende, Verschiedenheit der Dinge zu treffen. Denn von Tag zu Tage gestaltet sich die Reihe der rechtlichen Verflechtungen und Verkettungen anders; für immer neue Erscheinungen und Bedürfnisse des Lebens muß der Rechtsverkehr

unbetretene Bahnen suchen. Im günstigsten Falle also wäre der Endzweck jener gesetzgeberischen Fülle doch ein mehr oder minder verlorener. Und hätten gleich die Entscheidungen des Gesetzes über die Einzelheiten der Verkehrsgeschäfte in vollem Maße den Anschauungen seiner Zeit entsprochen, so würden doch gar viele von ihnen bei der Schnelllebigkeit der Gegenwart binnen kurzer Frist der wechselnden Auffassung nicht mehr als angemessen erscheinen; trotzdem immer noch mit Gesetzeskraft ausgerüstet, bewirkten sie dann statt der beabsichtigten Förderung eine höchst unwillkommene Hemmung für die gesammte Entwickelung des Verkehrs. Fast bedenklicher aber noch dürfte es sein, daß selbst der scharfsinnigste Gesetzgeber nicht imstande ist, für eine so zahllose Menge von Einzelbestimmungen, wie die ausdrückliche Regelung auch nur der wichtigsten Einzelfälle sie mit sich bringen würde, die gemeinsamen Gesichtspunkte unverrückt festzuhalten, nach denen sie sich erst zu einer wahrhaft gerechten Gesammtordnung zusammenfügen können, d .h. zu einer solchen, welche in der That überall das Gleichartige mit gleichem Maße bemißt. Mit anderen Worten eine Gesetzgebung, welche, statt bei leitenden Grundsätzen stehen zu bleiben, in Einzelentscheidungen sich einläßt, läuft Gefahr, die Grundsätze selbst zu verlieren. Und was das Schlimmste ist, sie würdigt damit die Rechtsprechung zu einem gedankenlosen Handwerk herab. Wo sich die Entscheidung nicht fertig aus dem Gesetzesparagraphen ablesen läßt, da mangelt dem Richter dann die Fähigkeit, dieselbe nach eigenem Ermessen der Sache anzupassen.

Jener erste Weg, zu billigem Rechte zu gelangen, findet also sein Ziel in der Anforderung an den Gesetzgeber, sich auf die Feststellung der Grundsätze zu beschränken. Eben hier öffnen sich die beiden anderen Wege: beide geben lediglich für den Einzelfall das Maß.

Der eine dieser Wege gleicht dem Wege der Gesetzgebung

darin, daß auch er zur Erzeugung der regelnden Vorschrift führt. Während aber die Gesetzgebung allgemeine Vorschriften hervorbringt, beschränkt er sich auf die Vorschrift für ein einzelnes Verhältniß. Es ist der Weg der Einzelverfügung, sei es seitens der gesetzgebenden Gewalt, also durch Privileg, sei es seitens einer Verwaltungsbehörde; und als solche ist auch ein Gericht zu betrachten, wenn es zu einer Thätigkeit berufen wird, welche eben keine richterliche ist. Eine derartige Verfügung ist z. B. die Verleihung der Großjährigkeit,[29] die Entbindung von Ehehindernissen, sofern nämlich beides nur erfolgt, falls gehörige Erwägung der Sachlage Umstände, denen das Gesetz die allgemeine Berücksichtigung nicht gewährt, ausnahmsweise der Berücksichtigung werth findet. Weiter dürfte hierher zu rechnen sein die Ertheilung der Korporationsrechte: auch diese verleiht eine Einzelverfügung nur dann, wenn dieselbe im gegebenen Falle diejenigen thatsächlichen Voraussetzungen als vorhanden ansieht, welche einerseits die sog. juristische Persönlichkeit wünschenswerth machen, andererseits deren Gläubigern die erforderliche Sicherheit bieten, für welche jedoch das Gesetz allgemeine Kennzeichen noch nicht festgestellt hat. — Auf dem Gebiete des Strafrechts gehört hierher die Begnadigung, sofern sie mit Rücksicht auf solche Eigenthümlichkeiten des Einzelfalles stattfindet, welche die Ausschließung oder die Herabsetzung der Strafe rechtfertigen, vom Richter jedoch nicht berücksichtigt werden durften oder etwa verkehrterweise nicht berücksichtigt worden sind.[30] Aehnlich kann die Niederschlagung einer Einzelsache wirken. — Im Verwaltungsrechte vermittelt eine Einzelverfügung die Beobachtung der Billigkeit z. B. bei der Befreiung von gewissen Erfordernissen der Zulassung zu einer Staatsprüfung, zu einem Staatsamte. Von besonderer Wichtigkeit war der Weg der Einzelverfügung in der hier fraglichen Richtung gegenüber dem früheren Gewerbewesen. Hier kam er zur Geltung

in der Beseitigung des Hindernisses der sog. Unehrlichkeit beim Eintritt in eine ehrbare Zunft, z. B. für einen unehelich Geborenen; in der Ernennung eines sog. Gnadenmeisters, sofern Zahl oder Leistungsfähigkeit der zünftigen Meister für den Bedarf nicht ausreichte, oder die ordentliche Erlangung der Meisterschaft ungehörig erschwert wurde; in der Verleihung des Gewerberechts an Mühlen, Brauereien, Fabriken, um vorhandenem Bedürfnisse nach solchen Betrieben zu genügen. Mit der Freigebung des Gewerbes ist die Einzelverfügung hier gegenstandslos geworden. Umgekehrt haben die Privilegien gegen Nachdruck und dergl., welche die Billigkeit unerläßlich erheischte, solange das Gesetz die Urheberrechte nicht schützte, ihre Bedeutung verloren, seitdem diesen Rechten gesetzlicher Schutz verliehen worden ist. Ueberhaupt ist in der Gegenwart die Anwendung der Einzelverfügung im Dienste der Billigkeit von großer Erheblichkeit nicht.

Desto häufiger wird der dritte Weg zur Billigkeit betreten: der Weg des richterlichen Ermessens. — Sobald in einem der richterlichen Entscheidung unterliegenden Verhältnisse gewisse Umstände Berücksichtigung beanspruchen, dieselbe jedoch kraft unmittelbarer Unterscheidung des Gesetzes nicht füglich vorgezeichnet werden kann, so wird die Rechtsordnung von selbst auf den Weg gedrängt, sie dem Richter für den Einzelfall zuzuweisen. Eines der ältesten hierher gehörigen Beispiele aus dem römischen Rechte ist wohl das folgende. Das ehrwürdige Stadtrecht Roms, die 12 Tafeln, bestrafte, ähnlich den älteren deutschen Rechten, die Beleidigung nach rein äußerlichen Merkmalen, und zwar in den gewöhnlichsten Fällen mit gesetzlich ein für allemal festgestellter Geldbuße.[31] Abgesehen davon nun, daß mit der Verschlechterung des Münzfußes und der Werthminderung des Geldes jene Ansätze zu gering geworden waren, mußte ein ausgebildetes Gefühl die Einsicht gewinnen, daß zwei äußerlich durchaus gleichartige Beleidigungen in ihrer richtigen

Schätzung gewaltig verschieden sein können. Es kommen hierbei in Betracht: das persönliche Verhältniß zwischen Beleidigtem und Beleidiger, Alter, Lebensstellung, Achtbarkeit des Beleid igten Oeffentlichkeit oder Heimlichkeit der Handlung, Ort und Art der Ausführung, die Thatsache, ob die Beleidigung von Seiten des Beleidigten hervorgerufen worden und auf welche Weise etwa, oder ob sie ohne erkennbaren Anlaß seinerseits begangen ist, ob mit vorgängiger Ueberlegung oder in Aufwallung der Leidenschaft, und wohl noch manches Andere.[32] Es erscheint demnach geradezu unthunlich, alle erheblichen Umstände und vollends ihre Verkettung gesetzlich zu ordnen. Deshalb hat das spätere römische Recht die Veranschlagung der Geldbuße dem Beleidigten selbst überlassen, dem Richter aber vorbehalten, diesen Anschlag nach Abwägung der Verhältnisse zu ermäßigen.[33] Ebenso wird es uns nur natürlich erscheinen, daß für die in der Kaiserzeit neu aufgestellten Straffälle nicht, wie für die schon in republikanischer Zeit geregelten, eine ein für allemal bestimmte Strafe vorgeschrieben wurde, vielmehr die Ermittelung der Strafe dem richterlichen Ermessen, meist innerhalb eines mehr oder minder festen Strafrahmens, anheimfiel.[34] Eben diese richterliche Strafzumessung übertrug sich demnächst auf die alten Straffälle, nachdem dieselben von den in der Republik angeordneten Gerichtshöfen auf die kaiserlichen Gerichte übergegangen waren.[35] Und einen ähnlichen Standpunkt nimmt auch unser Strafgesetzbuch ein. Schlechthin fest bestimmt ist nur die Androhung der Todesstrafe für Mord und für hochverrätherischen Mordversuch und die Androhung einer Geldstrafe in den Fällen, wo diese als Bruchtheil oder umgekehrt als Mehrfaches eines bestimmten Geldbetrages zu berechnen ist.[36] In allen übrigen Fällen wird die Höhe der Strafe innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens durch den Richter zugemessen;[37] und dabei ist ihm vielfach noch geboten, aus gesetzlich bestimmten sog. Straf-

schärfungsgründen sich eines schwereren Strafrahmens zu bedienen,[38] und umgekehrt bald geboten, bald wenigstens gestattet, im Falle mildernder Umstände einen leichteren Rahmen anzuwenden.[39] Die Bemessung aber der Strafe im Einzelfalle soll nach einem zweifachen Gesichtspunkte erfolgen, nämlich einerseits nach der Würdigung, welche dem durch die strafbare Handlung angegriffenen Rechtsgute seitens der Rechtsordnung zutheil geworden ist, sowie nach dem Umfange der durch die Handlung bewirkten Verletzung desselben, andererseits nach der Größe des verbrecherischen Verschuldens.[40] — Ein ähnliches Ermessen findet schon nach römischem Rechte bei Vermögensansprüchen da statt, wo es sich darum handelt, auf Grund eines unter den Betheiligten feststehenden oder etwa durch Richterspruch festzustellenden Verhältnisses zu ermitteln, wie der Eine dem Andern gemäß der Anschauung eines verständigen, billig denkenden Mannes Genüge leiste.[41] Hier kommt insbesondere in Betracht, ob und in welchem Maße Jemand verantwortlich wird für die Unterlassung von Vorsichtsmaßregeln, welche die Vereitelung der ihm obliegenden Leistung, sei es durch eigene Handlung, sei es durch Handlungen Dritter oder durch Naturereignisse verhütet haben würden; ob er mit der Hauptsache etwa noch Nebensachen herausgeben muß; ob und in welchem Umfange er dafür einsteht, daß er von dem Gegenstande, welchen der Gegner beansprucht, zu dessen Vortheil Erträgnisse, z. B. Früchte, Zinsen, Miethgelder, gewinne, und welche wirthschaftlichen Grundsätze hierbei maßgebend sind; ob er umgekehrt den Anspruch hat, daß ihm Verwendungen auf den Leistungsgegenstand erstattet werden, und nach welchen Gesichtspunkten etwa. Auch kann es von Einfluß sein, ob und seit wann er sich in gutem oder in schlechtem Glauben befand; ob ihm die Verzögerung der Befriedigung des andern Theiles zur Last zu legen ist u. s. w. — Weit inhaltreicher noch ist, ebenfalls schon nach römischem

Rechte, das Ermessen des Richters gegenüber einer großen Anzahl von Schuldverhältnissen aus Verträgen und ähnlichen rechtmäßigen Entstehungsgründen. Hier wird gemäß der Billigkeit nicht nur die Frage geschlichtet, auf welche Weise eine ihrem Dasein nach feststehende Forderung zu befriedigen sei, vielmehr entscheidet eben die Billigkeit schon darüber, ob überhaupt eine Forderung bestehe, und welcher allgemeine Inhalt ihr zukomme.[42] Hinsichtlich der hierher gehörigen Schuldverträge des alltäglichen bürgerlichen Verkehres, z. B. bei Kauf und Miethe, geht nämlich die Rechtsordnung davon aus, daß zwar die innerhalb des rechtlich Zulässigen sich haltenden Willenserklärungen der Betheiligten in erster Reihe Berücksichtigung verdienen; daß jedoch erfahrungsmäßig die Betheiligten an ein Weiteres nicht zu denken pflegen, als an den unmittelbaren Zweck ihres Geschäftes und allenfalls noch an solche Verwickelungen, welche die obwaltenden Umstände mehr oder minder nahe legen; daß sie sich mithin in Beziehung auf alle übrigen möglichen Folgen ihres Verhältnisses, bewußt oder unbewußt, den Bestimmungen der Rechtsordnung unterwerfen. Eben für diese Bestimmungen nun hat, von geringfügigen Satzungen abgesehen, die Rechtsordnung denjenigen Anforderungen ein leeres Blatt zur Ausfüllung überwiesen, welche ein verständiger, ehrlicher und erfahrener Mann im Einzelfalle stellen würde, wenn er an die vorliegende Frage gedacht hätte. Ihre Beantwortung also hat im Streitfalle der Richter der Art und Weise zu entnehmen, wie unter den gleichen Umständen ein solcher Mann gemäß dem Verkehrsbedürfnisse in Treue und Glauben handelt. Hiernach entscheidet es sich, in Ermangelung abweichender Vereinbarung der Betheiligten, ob z. B. der Verkäufer für Entwehrung der Waare einsteht, d. h. dafür, daß ein Dritter auf Grund seines stärkeren Rechtes dem Käufer die Waare durch Rechtsstreit entzogen hat; ferner, ob und wie weit der Verkäufer

verträge, welche die Römer ganz und gar nach Treu und Glauben beurtheilt haben, in einer gesitteten Welt jemals auf eine wesentlich verschiedene Grundlage zu stellen: sachlich wird, weil es eben nicht anders geht, auch gegenüber dem erhofften bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland, die von den römischen Juristen entwickelte Billigkeit nach wie vor für jene Verhältnisse maßgebend bleiben.

Damit sind die Wege bezeichnet, auf denen eine Rechtsordnung zur Billigkeit gelangt. Zugleich ist hierin ausgedrückt, daß alles, was auf einem jener Wege als billig anerkannt worden ist, in der That auch Recht ist; und weiter, daß die Billigkeit in ganz der gleichen Weise nach festen Grundsätzen sich richtet, wie das strengste Recht. Also: es ist durchaus keine Billigkeit, ohne Rechtsgrund einen guten Menschen, der etwa unverschuldet in traurige Vermögensverhältnisse gerathen ist, von der ihn drückenden Schuld frei zu sprechen; ebenso wenig, einem Böswichte sein wohl begründetes Recht deshalb abzuerkennen, weil er dasselbe voraussichtlich mißbrauchen wird. Und nur da darf eine Unterscheidung, welche das Gefühl vielleicht stürmisch verlangt, als billige zur Anwendung kommen, wo und sofern die Rechtsordnung es gestattet. Es ist ja unvermeidlich, daß Gesetze, daß Rechtsanschauungen veralten; dann suche man sie auf ordnungsmäßigem Wege nach dem Bedürfnisse der Gegenwart zu berichtigen; solange sie aber als Rechtsordnung in Kraft stehen, sollen sie unverbrüchlich beobachtet werden. Hochachtung nöthigt uns das englische Gericht ab, welches, weil nach seinem Rechte der sog. Nothstand das Dasein einer strafbaren Handlung nicht ausschließt, jene Schiffbrüchigen, die, um das eigene Leben zu retten, ihren Gefährten getödtet und verzehrt hatten, mit der vollen Strafe der Menschentödtung belegt. Hier mag die königliche Gnade, der das Gericht die Unglücklichen anempfahl, die Strenge des Gesetzes lindern. Als furchtbare Verletzung der Majestät

des Gesetzes dagegen muß es uns erscheinen, wenn es in den Gerichten des Nachbarlandes fast zur Uebung wird, angeschuldigte Frauenzimmer freizusprechen, welche ihren Beleidiger niedergeschossen, den treulosen Geliebten vergiftet, den Gegenstand ihrer Eifersucht grausam mißhandelt haben, — furchtbar, sage ich, denn derartige Urtheile unterwühlen die Herrschaft des Rechtes überhaupt, lösen die Ordnung des Staates in wüste Gesetzlosigkeit auf, — um so furchtbarer, je lauter die bethörte Menge solcher Freisprechung Beifall jauchzt, die freigesprochenen Verbrecherinnen als Heldinnen feiert.

Haben wir bis jetzt den Gegensatz des billigen Rechtes zum strengen darin gesucht, daß jenes mehr unterscheidet, als dieses, so darf er doch durchaus nicht darin allein gefunden werden. Es wäre eine Uebereilung, zu wähnen, daß eine Rechtsordnung schlechthin in dem nämlichen Maße vollkommener werde, je weiter sie der Unterscheidung Raum giebt. Oder möchten wir es für einen Fortschritt der Billigkeit erachten, wenn auch für die Strafe des Mordes, die, wie wir gesehen, jetzt unterschiedslos der Tod bildet, ein Strafrahmen aufgestellt würde? Ist es unbillig, oder ist es nicht vielmehr, ich möchte sagen: bis zur unerläßlichen Nothwendigkeit angemessen, wenn nach dem Militär-Strafgesetzbuche[46] die Strafbarkeit einer Handlung oder Unterlassung dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Thäter nach seinem Gewissen oder den Vorschriften seiner Religion sein Verhalten für geboten erachtet hat? daß die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ebenso zu bestrafen ist, wie die Verletzung der Dienstpflicht aus Vorsatz? daß bei strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung, sowie bei allen in Ausübung des Dienstes begangenen strafbaren Handlungen die selbstverschuldete Trunkenheit des Thäters einen Strafmilderungsgrund nicht bildet? Sicherlich ist es kein Zufall, daß im ausgebildeten römischen Rechte neben jenen ganz

für gewisse Eigenschaften der Waare hafte oder Schadensersatz zu leisten habe, wenn sie bisher verborgene Mängel zeigt; was für Anstrengungen ihm obliegen, um solche Hindernisse zu überwinden, welche schon zur Zeit des Vertragsschlusses der Leistung entgegenstanden, z. B. um die schon damals ihm abhanden gekommene Sache wieder zu erlangen; ob er das nur nach Maß, Zahl oder Gewicht aus einer größeren Menge verkaufte Stück auf eigene Gefahr dem Käufer bringen müsse, oder ob er nur verpflichtet sei, dasselbe Jenem auf dessen Gefahr zu übersenden, oder endlich, ob er es bereit zu stellen habe, damit der Käufer es abhole; umgekehrt, ob der Verkäufer den bedungenen Kaufpreis fordern dürfe, wenngleich er selbst wegen einer ihm nicht zur Last fallenden Vereitelung der vertragsmäßigen Leistung der Waare von jeder Verbindlichkeit befreit ist, und weiter, ob es hierbei keinen Unterschied begründe, welcher Art jene Vereitelung sei, etwa Untergang der Sache, oder Zwangsenteignung, oder ungerechter Richterspruch; ferner, ob es nicht auch darauf ankomme, daß die untergegangene Sache schon damals dem Verkäufer gehört oder doch auf dessen Gefahr gestanden habe u. s. w. Hier, wo sein freies Ermessen walten soll, öffnet sich vorzugsweise das Feld, auf welchem der Richter seine Thätigkeit als die Kunst des Gerechten und Billigen zu entwickeln berufen ist, wie einer der geistvollsten Rechtsgelehrten des römischen Alterthums sie nennt.[43] Eben derselbe Gelehrte aber fühlt sich an einer andern Stelle[44] zu dem schmerzlichen Ausrufe bewogen, daß gerade bei der Ermittelung dessen, was gerecht und billig sei, unter dem ehrwürdigen Scheine der Rechtskunde gar oft die allerverderblichsten Irrthümer unterlaufen. Gewiß! wenn der Richter und der Anwalt, wie ein anderer römischer Rechtsgelehrter es verlangt, echte Priester jener Kunst sein wollen,[45] so dürfen sie den heiligen Schweiß der Arbeit nicht scheuen, welcher auch hier vor die Meisterschaft gestellt ist. Die Kunst

der Billigkeit erwirbt sich freilich, wie eine jede andere Kunst, nur mittelst der Uebung in ihrer Bethätigung; allein die Uebung würde der Leitung des Zufalls überlassen bleiben, zeichnet ihr nicht eingehende Unterweisung die Richtung vor. Es haben wohl die benutzten Beispiele schon darauf hingedeutet, daß zum Verständnisse dessen, was rechtliche Berücksichtigung verdient, außer umfassender und gründlicher Kenntniß des Rechtes selbst noch manches Andere erforderlich ist: Bekanntschaft mit der Kulturgeschichte, Vertrautheit mit den Lehren der Volkswirthschaft, Würdigung der Anforderungen des Sittengesetzes — alles Dinge, welche der künftige Richter und der künftige Anwalt vielleicht nicht unbedingt gebraucht, um die vorgeschriebene Staatsprüfung erfolgreich zu bestehen, um so dringender aber, um diejenige Ausbildung sich anzueignen, welche der Hoheit seines Berufes entspricht. Und einem Zweifel unterliegt es wohl kaum, daß die Ausbildung in diesen Dingen leichter und sicherer in der Unbefangenheit der Hochschule erlangt wird, als im Drange des von unberechenbaren Einflüssen abhängigen Berufslebens. Für die eigene Handhabung des Rechtes aber findet der Jünger der Rechtswissenschaft nirgends bessere Vorbereitung, als im sorgfältigen Studium dessen, was die römischen Juristen in Auslegung der Billigkeit lehren. Unübertroffen und in der That unübertrefflich wissen diese Meister mit dem überzeugenden Takte, welcher das reife Ergebniß einer innigen Durchdringung der Wissenschaft und ihrer Anwendung bildet, stets die den Verhältnissen entsprechende Unterscheidung zu finden; und mögen schon die Tage gezählt sein, für welche dem römischen Rechte noch gesetzliche Geltung zukommt, nimmer, wir dürfen es mit vollster Ueberzeugung aussprechen, wird gerade dieses Stück seiner Ueberlieferung aufhören, die tüchtigste Schule für die vornehme Kunst der Gerechtigkeit und Billigkeit als solche zu bieten. Zudem aber scheint es unmöglich, jene Schuld-

verträge, welche die Römer ganz und gar nach Treu und Glauben beurtheilt haben, in einer gesitteten Welt jemals auf eine wesentlich verschiedene Grundlage zu stellen: sachlich wird, weil es eben nicht anders geht, auch gegenüber dem erhofften bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland, die von den römischen Juristen entwickelte Billigkeit nach wie vor für jene Verhältnisse maßgebend bleiben.

Damit sind die Wege bezeichnet, auf denen eine Rechtsordnung zur Billigkeit gelangt. Zugleich ist hierin ausgedrückt, daß alles, was auf einem jener Wege als billig anerkannt worden ist, in der That auch Recht ist; und weiter, daß die Billigkeit in ganz der gleichen Weise nach festen Grundsätzen sich richtet, wie das strengste Recht. Also: es ist durchaus keine Billigkeit, ohne Rechtsgrund einen guten Menschen, der etwa unverschuldet in traurige Vermögensverhältnisse gerathen ist, von der ihn drückenden Schuld frei zu sprechen; ebenso wenig, einem Böswichte sein wohl begründetes Recht deshalb abzuerkennen, weil er dasselbe voraussichtlich mißbrauchen wird. Und nur da darf eine Unterscheidung, welche das Gefühl vielleicht stürmisch verlangt, als billige zur Anwendung kommen, wo und sofern die Rechtsordnung es gestattet. Es ist ja unvermeidlich, daß Gesetze, daß Rechtsanschauungen veralten; dann suche man sie auf ordnungsmäßigem Wege nach dem Bedürfnisse der Gegenwart zu berichtigen; solange sie aber als Rechtsordnung in Kraft stehen, sollen sie unverbrüchlich beobachtet werden. Hochachtung nöthigt uns das englische Gericht ab, welches, weil nach seinem Rechte der sog. Nothstand das Dasein einer strafbaren Handlung nicht ausschließt, jene Schiffbrüchigen, die, um das eigene Leben zu retten, ihren Gefährten getödtet und verzehrt hatten, mit der vollen Strafe der Menschentödtung belegt. Hier mag die königliche Gnade, der das Gericht die Unglücklichen anempfahl, die Strenge des Gesetzes lindern. Als furchtbare Verletzung der Majestät

des Gesetzes dagegen muß es uns erscheinen, wenn es in den Gerichten des Nachbarlandes fast zur Uebung wird, angeschuldigte Frauenzimmer freizusprechen, welche ihren Beleidiger niedergeschossen, den treulosen Geliebten vergiftet, den Gegenstand ihrer Eifersucht grausam mißhandelt haben, — furchtbar, sage ich, denn derartige Urtheile unterwühlen die Herrschaft des Rechtes überhaupt, lösen die Ordnung des Staates in wüste Gesetzlosigkeit auf, — um so furchtbarer, je lauter die bethörte Menge solcher Freisprechung Beifall jauchzt, die freigesprochenen Verbrecherinnen als Heldinnen feiert.

Haben wir bis jetzt den Gegensatz des billigen Rechtes zum strengen darin gesucht, daß jenes mehr unterscheidet, als dieses, so darf er doch durchaus nicht darin allein gefunden werden. Es wäre eine Uebereilung, zu wähnen, daß eine Rechtsordnung schlechthin in dem nämlichen Maße vollkommener werde, je weiter sie der Unterscheidung Raum giebt. Oder möchten wir es für einen Fortschritt der Billigkeit erachten, wenn auch für die Strafe des Mordes, die, wie wir gesehen, jetzt unterschiedslos der Tod bildet, ein Strafrahmen aufgestellt würde? Ist es unbillig, oder ist es nicht vielmehr, ich möchte sagen: bis zur unerläßlichen Nothwendigkeit angemessen, wenn nach dem Militär-Strafgesetzbuche[46] die Strafbarkeit einer Handlung oder Unterlassung dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Thäter nach seinem Gewissen oder den Vorschriften seiner Religion sein Verhalten für geboten erachtet hat? daß die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ebenso zu bestrafen ist, wie die Verletzung der Dienstpflicht aus Vorsatz? daß bei strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung, sowie bei allen in Ausübung des Dienstes begangenen strafbaren Handlungen die selbstverschuldete Trunkenheit des Thäters einen Strafmilderungsgrund nicht bildet? Sicherlich ist es kein Zufall, daß im ausgebildeten römischen Rechte neben jenen ganz

und gar von der ins Einzelne gehenden Billigkeit beherrschten Schuldverträgen andere standen, bei denen für die Frage nach Dasein und Inhalt der Verbindlichkeit Unterscheidungen, wie wir sie geschildert haben, grundsätzlich keinen Platz fanden. Die Schuldverträge der letzteren Art, namentlich die vorhin erwähnte Stipulation, waren eben solche, in denen der eigentlich geschäftsmäßige Verkehr sich vollzog, gewissermaßen das Gegenstück zu den heutigen Wechselverträgen und verwandten Geschäften des Handelsrechtes. Nimmt aber auch hinsichtlich dieser heutigen Verträge die Billigkeit die gleiche Stellung ein, wie sie es hinsichtlich der Stipulation that, so dürfen wir in jener ihrer Zweckbestimmung die Erklärung eines solchen Verhaltens erblicken. In der That würde eine weitgehende Unterscheidung in den Voraussetzungen und Wirkungen solcher Verträge deren glatte Abwickelung leicht hemmen, somit das Vertrauen des Gläubigers auf widerspruchslose Befriedigung beeinträchtigen, mit anderen Worten für einen Verkehr, welcher vor allem sicheren und raschen Umsatz verlangt, wenig geeignet sein. Andererseits begreift sich, wie unerläßlich gerade für derartige Schuldverträge eine festbestimmte Form ist, welche ihrerseits Abschluß und Inhalt über allen Zweifel erhebt. Völlig dementsprechend finden wir für Forderungen gewisser Art und Bekundung zwecks der Sicherung des geschäftlichen Vertrauens im sog. Urkundenprozesse eine Form der gerichtlichen Geltendmachung, welche die Vertheidigung auf sofort beweisbare Einwendungen beschränkt.[47] Die nämliche Rücksicht auf die Zuverlässigkeit des Verkehrs hat nach einer anderen Seite hin in der Gegenwart zu der Einrichtung geführt, daß sämmtliche äußerlich formgerechte, auf den dinglichen Rechtszustand eines Grundstücks bezügliche Einschreibungen im Grundbuche formelle Wahrheit zu Gunsten Dritter bilden, selbst wenn diese Einschreibungen sachlich unrichtig sein sollten.[48] Es versteht sich für alle diese vermögensrechtlichen

erhältnisse freilich von selbst, daß es demjenigen, welcher sich folge der Nichtberücksichtigung ihm vortheilhafter Umstände rletzt glaubt, unbenommen bleibt, hinterher seine Ansprüche gut als thunlich durchzuführen. Trotzdem oder vielmehr: m so deutlicher leuchtet es ein, wie sehr es den Dingen anemessen ist, wenigstens in erster Reihe ein strenges Recht anuwenden: gerade dieses ist hier das billige Recht.

Noch dringender verlangt das Gefühl für Billigkeit die Beseitigung solcher Unterscheidungen, welche rechtliche Berücksichtigung überhaupt nicht verdienen. Allerdings wird das sich aum ereignen, daß ein Gesetzgeber die Berücksichtigung von Unterscheidungen vorschreibt, welche nicht mindestens er selbst für berücksichtigenswerth hält. Nicht selten aber verlieren anangs berechtigte Unterscheidungen im Laufe der Zeit ihre Begründung, werden also überflüssig oder gar unbillig. Unter den Schutzmitteln der Minderjährigen lernten wir vorhin eine Strafe für deren betrügerische Uebervortheilung kennen. Diese konnte als zwecklos verschwinden, nachdem der Betrug allgemein mit einer vom richterlichen Ermessen abhängigen Strafe bedroht war, welche auch die Ehrenminderung der alten Sonderstrafe nach sich zog.[49] Nach der Gesetzgebung des alten deutschen Reiches[50] ist für jeden nicht in väterlicher Gewalt befindlichen Minderjährigen eine allgemeine Vormundschaft erforderlich; damit ist den Minderjährigen als solchen die Vermögensverfügung unter Lebenden entzogen; wirksame Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäfte können für sie nur kraft verantwortlicher Mitwirkung oder Vertretung ihrer Vormünder oder Gewalthaber eingegangen werden. Es ist demnach zum Schutze der Minderjährigen nicht mehr nöthig, die ihnen nachtheiligen Geschäfte derart durch Richterspruch aufzuheben; sie mögen Vormund oder Gewalthaber um Schadloshaltung belangen. Andererseits dagegen ist diese Aufhebung formell gültiger Geschäfte oft hart wider

die betheiligten Dritten. Und so ist es wohl nur billig zu heißen, daß in Preußen auch sie beseitigt worden ist.[51] — Das ältere deusche Recht legt großen Nachdruck auf die Standesverhältnisse, — mit gutem Fug, weil die Gliederung des Gemeinwesens eine ständische war. Es ist einigermaßen begreiflich, daß diese Unterschiede noch eine Zeit lang fortwirkten, nachdem ihre Grundlage bereits hinfällig geworden. So mag es vielleicht bei Erlaß des preußischen Landrechts im Jahre 1794 noch erträglich gewesen sein, zwischen niederem Adel und geringerem Bürgerstande mit der Wirkung zu unterscheiden, daß ein Edelmann mit einem Frauenzimmer des anderen Standes keine Ehe zur rechten Hand schließen konnte.[52] Anders aber sah sich diese Vorschrift in unseren Tagen an. Vor etwa zwanzig Jahren wurde der Nachkommenschaft aus der Ehe zwischen einem Adligen und einer Dame vom Ballet der Königlichen Oper zu Berlin die Erbfolge in den väterlichen Lehensbesitz bestritten, weil jene Verbindung als Ehe zur linken Hand gelten müsse. In diesem Falle gelang es nun zwar, aus den Verzeichnissen der Königlichen Oper den Nachweis zu erbringen, daß die Mutter nicht blos im corps de ballet gewirkt, sondern gelegentlich auch Solotänze ausgeführt habe. Nach dem Gesetze gehörte sie somit als Künstlerin zum höhern Bürgerstande; ihre Ehe war voll wirksam, die Nachkommenschaft auch zur Lehnsfolge berufen. Wer aber hätte angesichts solcher Verhandlungen verkennen mögen, wie unbillig es sei, von derartigen Zufälligkeiten das Geschick angesehener Familien abhängig zu machen, daß die Aufhebung jener Vorschrift[53] im Jahre 1869 eine, allerdings einigermaßen verspätete, Handlung der Billigkeit war?

Aber selbst die Angemessenheit der gemachten Unterscheidungen als solcher erschöpft das Wesen der Billigkeit noch nicht. An die angemessene Unterscheidung eines Thatbestandes muß die angemessene Rechtsfolge sich anschließen. Ein Strafrecht

z. B. würde ungeachtet durchaus sachlicher Unterscheidung der einzelnen strafbaren Handlungen dem Vorwurfe der Unbilligkeit nicht entgehen, wenn die von ihm angeordneten Strafen für die einzelnen Handlungen zu hoch oder umgekehrt zu niedrig sind. Auch das hierin liegende Mißverhältniß wird begreiflicherweise am häufigsten durch den Wechsel der Anschauungen im Laufe der Zeit herbeigeführt. In größtem Umfange ist es bekanntlich mit den Strafbestimmungen der Halsgerichtsordnung Karls V. so ergangen; als viel zu hart sind sie in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts außer Uebung gekommen. Aus dem umgekehrten Grunde ist das Mindestmaß des Strafrahmens für einzelne Handlungen, wie es unser Strafgesetzbuch ursprünglich festgesetzt hatte, im Jahre 1876 erhöht worden.[54]

So haben wir als Ergebniß unserer Erörterung die auch von Anderen[55] bereits anerkannte Begriffsbestimmung gewonnen:

> Billigkeit ist die angemessene rechtliche Berücksichtigung derjenigen Verschiedenheiten der Dinge, welche eine rechtliche Berücksichtigung verdienen; — ein Recht also ist dann und soweit billig, wenn und soweit es diese Berücksichtigung eintreten läßt.

Anmerkungen.

[1] Max Piccolomini in Schiller's „Die beiden Piccolomini", Akt I, Auftritt 4.

[2] Schiller's „Der Genius".

[3] Ebendaselbst.

[4] Vgl. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 37.

[5] D. i. der Termin der litis contestatio, welche innerhalb der periodischen Gerichtsversammlung, dem rerum actus, stattfand. S. O. E. Hartmann, Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Römer, Theil 1, S. 447.

[6] O. E. Hartmann a. a. O. S. 432 ff.

[7] D. i. das deducere rem in iudicium; es bewirkt die sog. prozessualische Konsumption.

[8] Durch die lex Plaetoria, zuerst erwähnt bei Plautus, Pseudol. I, 3, 69 ff. (zuerst aufgeführt i. J. 562 d. St.).

[9] Die sog. restitutio in integrum propter minorem aetatem.

[10] Der lex Aquilia, einem plebiscitum aus der Zeit bald nach der dritten secessio plebis und der lex Hortensia v. J. 468 d. St.

[11] Deutsches Strafgesetzbuch § 290.

[12] D. St.-G.-B. § 242—245.

[13] D. St.-G.-B. § 246.

[14] D. St.-G.-B. §§ 249 ff.

[15] D. St.-G.-B. § 289.

[16] D. St.-G.-B. § 246.

[17] D. St.-G.-B. § 242.

[18] D. St.-G.-B. § 243, § 252.

[19] D. St.-G.-B. §§ 245 f.

[20] D. St.-G.-B. § 370, Ziffer 5.

[21] Einführungsges. zum St.-G.-B. § 2.

[22] D. St.-G.-B. § 247.

[23] Der Einſpruch — deutſche Civilprozeßordn. §§ 303 ff. — und die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, daſ. §§ 211 ff.

[24] C.-P.-O. §§ 541 ff.

[25] Reichsmilitärgeſ. v. 2. Mai 1874, § 20.

[26] Geſ. v. 1. Mai 1851 in der Abänderung durch Geſ. v. 25. Mai 1873 § 7 u. § 20.

[27] Reichsgeſ. v. 15. Juli 1879 § 5.

[28] Vgl. Thöl, Einleitung in das deutſche Privatrecht § 38. Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Thl. 1, § 28.

[29] Sie erfolgt in Preußen durch das Vormundſchaftsgericht nach der Vormundſchaftsordnung v. 5. Juli 1875 § 61.

[30] Vgl. v. Liszt, Lehrb. des Deutſchen Strafrechts, § 80, 2. Aufl., S. 279.

[31] Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto. Manu fustive si os fregit libero, CCC, [si] servo, CL poenam subito. Si injuriam faxsit, viginti quinque aeris poenae sunto. S. Bruns Fontes juris Romani, ed. 4. Leges XII. tabularum tab. VIII. Nr. 2—4.

[32] Vgl. l. 7 § 8, l. 8, l. 9 pr. §§ 1—3. D. de injur. 47, 10.

[33] § 7 J. de injur. 4, 4.

[34] O. E. Hartmann, Ordo iudiciorum, Thl. 1, S. 486 f.

[35] Daſ. S. 490 f.

[36] v. Liszt, Strafrecht, § 73, 2. Aufl., S. 263.

[37] Daſ. unter II, 1—3, S. 263 f.

[38] Daſ. § 74.

[39] Daſ. § 75.

[40] Daſ. S. 264 unter III.

[41] Bei den ſog. actiones arbitrariae. § 31. J. de actt. 4, 6.

[42] Bei den ſog. actiones bonae fidei. §§ 28 ff. J. de actt. 4, 6.

[43] Der jüngere P. Juventius Celſus (zum zweiten Mal Konſul unter Hadrian i. J. 129 n. Chr.) nach Ulpians Mittheilung in l. 1 pr. D. de just. et jure. 1, 1: ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.

[44] Nach Mittheilung des Paulus in l. 91 § 3. D. de V. O. 45, 1: in quo genere (bono et aequo sc.) plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur.

[45] Ulpian (geſt. 228 n. Chr.) in l. 1 § 1. D. de just. et jure 1, 1: Cujus (artis sc. boni et aequi) merito quis nos sacerdotes appellet: justiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.

[46] Militär-Strafgesetzbuch v. 20. Juni 1872, §§ 48 f.

[47] Civilprozeßordn. Buch 5.

[48] Vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. I, § 202, 3. Aufl., S. 479.

[49] Seit Aufstellung des crimen extraordinarium stellionatus.

[50] Reichspolizeiordnung v. 1548, Tit. 31, § 1 und v. 1577, Tit. 32, § 1.

[51] Ges. v. 12. Juli 1875 § 9.

[52] Allgem. Preuß. Landrecht, Thl. II, Tit. 1, § 30—33 und hinsichtlich der Lehnsfolge Thl. I, Tit. 18, § 360.

[53] Ges. v. 22. Febr. 1869.

[54] Nämlich für St.-G.-B. §§ 113, 114 und 117.

[55] Windscheid a. a. O. (s. Anm. 28).

(606) Druck von J. F. Richter in Hamburg.